

Sygn. akt VI ACa 1620/15

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 marca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Aldona Wapińska

Sędziowie: SA Maciej Kowalski

SO del. Magdalena Sajur – Kordula (spr.)

Protokolant: Izabela Nowak

po rozpoznaniu w dniu 15 marca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództw:

1. (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych (...) S.A. w W., (...) S.A. w W. i (...) sp. z o.o. w W.;

2. (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W. i (...) sp. z o.o. w W.;

3. (...) S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W. i (...) sp. z o.o. w W.;

4. (...) sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w (...) S.A. w W.;

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 19 czerwca 2015 r.

sygn. akt XVII AmA 112/12

I. *oddala apelację;*

II. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) sp. z o.o. w W., (...) S.A. w W., (...) S.A. w W. i (...) sp. z o.o. w W. kwoty po 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 1620/15

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 23 listopada 2011r. Nr (...), znak (...) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał w pkt I za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako uokik), porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy:

1. (...) S.A. z siedzibą w W.;
2. (...) S.A. z siedzibą w W.;
3. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.;
4. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W.,

polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...); dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, jednocześnie nakazując zaniechania jej stosowania.

W pkt II decyzji, na podstawie art. 10 uokik oraz na podstawie art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...) i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r. nr C 115, dalej jako TFUE), porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy:

1. (...) S.A. z siedzibą w W.;
2. (...) S.A. z siedzibą w W.;
3. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.;
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.,

polegające na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...); dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, nakazując zaniechania jej stosowania.

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 uokik, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 uokik oraz w art. 101 ust. 1 TFUE na:

1. (...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 33.463.218,16 zł;

2. (...) S.A. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 34.020.547,65 zł;
3. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 35.098.583,33 zł;
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. karę pieniężną w wysokości 10.706.142,70 zł.

Od powyższej decyzji odwołania złożyły wszystkie cztery spółki, którym Prezes UOKiK zarzucił udział w porozumieniu.

Wyrokiem z dnia 19 czerwca 2015r. Sąd Okręgowy w Warszawie- Sad Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i zasądził od pozwanego na rzecz każdego z powodów zwrot kosztów procesu.

Sąd I instancji wydał swe rozstrzygnięcie w oparciu o następujące ustalenia i rozważania prawne:

(...), (...), (...) oraz (...) będąc operatorami publicznej ruchomej sieci telefonicznej (dalej łącznie określania również jako: „operatorzy”, (...), „udziałowcy (...)”, „udziałowcy konsorcjum”, „wspólnicy (...)”, „wspólnicy konsorcjum”) podjęli działania związane z procesem wprowadzania na polski rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...), tj. możliwości odbioru cyfrowego sygnału telewizyjnego za pomocą urządzeń mobilnych. Standardem odbioru cyfrowego sygnału telewizji naziemnej przez urządzenia stacjonarne jest odrębny system (...), który na terenie Polski sukcesywnie zastępując telewizję analogową ostatecznie stał się jedynym standardem 23 lipca 2013. Za okoliczność bezsporną Sąd uznał, że w ramach systemu (...) trwały prace badawcze nad możliwością odbioru tego standardu również przez urządzenia będące w ruchu.

W Polsce pierwsza prezentacja systemu cyfrowej telewizji (...) odbyła się 3 października 2006 r. w (...) Laboratorium (...) Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

W marcu 2007 r., podczas (...), (...) zaprezentowała, jako pierwszy operator radiodfuzyjny w Polsce transmisję na żywo strumienia siedmiu programów telewizyjnych w technologii (...). W dniu 29 stycznia 2008 r. operatorzy: (...), (...), (...) oraz (...) podpisali list intencyjny, w którym wyrazili wolę współpracy w zakresie rozwoju usług telewizji mobilnej w Polsce. W wykonaniu tego listu operatorzy rozpoczęli testy telewizji mobilnej oraz podjęli negocjacje, których przedmiotem było ustalenie warunków, na jakich zostanie powołana przez nich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której celem będzie uzyskanie niezbędnych częstotliwości oraz świadczenie usług telewizji mobilnej.

Na utworzenie przez operatorów ww. spółki niezbędne było uzyskanie zgody Prezesa UOKiK - z uwagi na przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców. W związku z powyższym w dniu 8 sierpnia 2008 r. operatorzy złożyli do Prezesa UOKiK zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na utworzeniu przez (...), (...), (...) oraz (...) wspólnego przedsiębiorcy. Przedsiębiorca ten miał prowadzić działalność na hurtowym rynku świadczenia audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie (...). Warunkiem koniecznym świadczenia tych usług było uzyskanie przez przedsiębiorcę rezerwacji częstotliwości z zakresu(...), którymi dysponuje Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Dla świadczenia usługi telewizji mobilnej w systemie (...) na poziomie hurtowym niezbędne było wybudowanie nowej, kosztownej infrastruktura rozsiewczej. Sieć posiadana przez operatorów nie mogła być do tego wykorzystana.

Prezes UOKiK 5 grudnia 2008 r. wydał decyzję o nr (...), w której wyraził zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na utworzeniu przez (...), (...), (...) i (...) wspólnego przedsiębiorcy w zakresie wskazanym we wniosku.

W wyniku zgody na koncentrację, czterech operatorów telefonii komórkowej: (...), (...), (...) oraz (...) zawiązało 10 grudnia 2008r spółkę (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako (...) lub „konsorcjum”), w której każdy z ww. operatorów miał po 25% udziałów. Umowa spółki uregulowała zasady współpracy w zakresie wprowadzenia na rynek polski telewizji mobilnej, w tym wspólny udział (poprzez (...) sp. z o.o.) w konkursie ogłoszonym przez Prezesa UKE na rezerwację częstotliwości z zakresu (...).

Członkami rady nadzorczej (...) zostali: R. L. ((...)), G. M. ((...)), K. D. (1) ((...)), P. J. ((...)). Członkami zarządu (...) zostali: M. L. ((...)), T. K. (1) ((...)), J. S. ((...)), B. K. ((...)).

Członkowie zarządu oraz członkowie rady nadzorczej (...) którzy byli jednocześnie pracownikami udziałowców konsorcjum (tj. operatorów), poza uczestnictwem w posiedzeniach ww. organów (...), brali również udział w spotkaniach wspólników (...). Spotkania takie odbyły się po rozstrzygnięciu konkursu w terminach: 23 marca 2009 r., 1 czerwca 2009 r.; 2 października 2009 r. i 12 maja 2010 r. Spotkania te choć nie miały formalnie charakteru zgromadzeń wspólników, to jednak taką rolę pełniły. Tematy omawiane podczas tych spotkań były wcześniej ustalane przez osoby odpowiedzialne za projekt telewizji (...) u poszczególnych operatorów - udziałowców (...) i przygotowane w formie prezentacji elektronicznej. W spotkaniach tych brali również udział prezesi operatorów, a także członkowie zarządu i/lub rady nadzorczej (...). Przebieg tych spotkań, omawiane tematy i podejmowane decyzje zapisywano w protokołach (tzw. minutkach).

Spotkania były rotacyjnie organizowane przez kolejnych operatorów, gdyż spółka (...) nie miała ani swojego biura, ani też nie zatrudniała żadnych pracowników obsługi biurowej. Spółka (...) nie posiadała też działu public relations (PR).

W dniu 10 października 2008 r. Prezes UKE ogłosił rozpoczęcie postępowania konkursowego na rezerwację częstotliwości z zakresu (...), przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii (...), w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej (dalej jako „konkurs”). W ramach konkursu do Prezesa UKE wpłynęły dwie oferty, tj. od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz od (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z.. Rozstrzygnięcie konkursu zostało wyznaczone na dzień 6 marca 2009 r.

W dniach 16-19 lutego 2009 r. odbył się w B. (...) (międzynarodowe targi podmiotów działających w branży telefonii mobilnej). Podczas tych targów członkowie Rady Nadzorczej (...) zaplanowali spotkanie. Spotkanie w zaplanowanym kształcie ostatecznie nie odbyło się, ponieważ ww. osoby były obecne w planowanym miejscu spotkania w różnych przedziałach czasowych i w żadnym momencie nie doszło do ich jednoczesnego zejścia się. W umówionym dniu w B. spotkali się natomiast przedstawiciele dwóch operatorów, tj.: G. M. z (...) oraz - K. D. (1) z (...). Po kilkunastu minutach na wyznaczone miejsce przyszli również przedstawiciele (...) w organach (...), tj. M. L. oraz P. J., przy czym zastali wówczas tylko przedstawiciela (...) K. D. (1). Po spotkaniu z przedstawicielem (...), ww. przedstawiciel (...) spotkał się również z przedstawicielem (...), R. L.. Osoby te, rozmawiając o różnych sprawach, wymieniły m.in. swoje uwagi dotyczące sytuacji związanej z konkursem na rezerwację częstotliwości z zakresu (...), przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych.

Spisane ustalenia ze spotkania zostały przesłane tylko do przedstawiciela (...) uczestniczącego w spotkaniu w B. tj. G. M., który w odpowiedzi potwierdził treść uzgodnień oraz do K. D.. Przedmiotowa korespondencja nie została przekazana do pozostałych członków rady nadzorczej (...). Podobnie nie mieli świadomości o treści uzgodnień członkowie Zarządu (...). Natomiast Zarządowi spółki (...), na posiedzeniu w dniu 3 marca 2009 r. została przedstawiona prezentacja, której tematem były m.in. kwestie związane z (...).

W dniu 6 marca 2009 r. Prezes UKF, ogłosił wyniki konkursu, którego zwycięzcą została (...), która uzyskała najwięcej punktów - (...) w porównaniu do (...), które otrzymała (...).

Dyskusja członków władz spółki, co do propozycji dalszych działań (...), miała tego samego dnia ciąg dalszy – po ogłoszeniu wyniku konkursu na częstotliwość przez Prezesa UKE.

W dniu 23 marca 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników (...), na którym omawiano takie tematy jak: stan rynku telewizji mobilnej w Polsce i Europie, wnioski z projektu wspólnego rozwoju systemu (...), wyniki konkursu i kolejne działania z nim związane oraz potrzeby finansowe (...).

Działania dotyczące (...) były również omawiane w dniu 26 marca 2009 r. na posiedzeniu rady nadzorczej (...) S.A., przedsiębiorcy sprawującego kontrolę nad (...).

Po przeprowadzeniu konkursu Prezes UKE przeprowadził postępowanie w sprawie rezerwacji częstotliwości. Stronami tego postępowania byli uczestnicy konkursu (...) i (...), którzy złożyli do Prezesa UKE wnioski o dokonanie rezerwacji częstotliwości będących przedmiotem konkursu.

W dniu 17 kwietnia 2009 r. przedstawiciel (...), G. M. przesłał do informacji trzech pozostałych członków rady nadzorczej (...), tj.: K. D. (1) (...), P. J. (...) oraz R. L. (...) wiadomość e-mail zawierającą treść odpowiedzi, jaką minutę wcześniej udzielił dziennikarzowi na pytania dotyczące komercyjnego uruchomienia oferty telewizji (...).

W dniu 1 czerwca 2009 r. odbyło się kolejne spotkanie wspólników (...). Na spotkaniu tym omawiano stan spółki (...), w tym jej sytuację finansową, kwestie związane z konkursem, w tym z wnioskami o rezerwację częstotliwości złożonymi zarówno przez (...), jak i przez konsorcjum, aspekty prawne rozszerzenia zakresu działalności (...), a także streszczono stan badań nad nowymi potencjalnymi obszarami działalności konsorcjum.

Decyzją z dnia 26 czerwca 2009 r., nr (...) Prezes UKE dokonał na rzecz (...) rezerwacji częstotliwości z zakresu (...), przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju, w technologii (...), w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej. (...) została uprawniona do wykorzystania zarezerwowanych częstotliwości w okresie do 31 maja 2015 r. na obszarze (...)miast Polski oraz w okresie od 1 czerwca 2015 r. do 31 grudnia 2023 r. na obszarze całego kraju.

Po ogłoszeniu wyników konkursu, pismami z 19 marca 2009 r., (...) wystąpiła do prezesów operatorów z propozycją zorganizowania spotkania celem podpisania listu intencyjnego dotyczącego współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...).

Od kwietnia do września 2009 r. (...) spotykało się z przedstawicielami operatorów. Żaden z operatorów nie wyraził ostatecznie zainteresowania podjęciem współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...), wskazując przede wszystkim na brak szczegółowych informacji na temat proponowanej przez (...) oferty programowej oraz warunków technicznych tej współpracy.

W dniu 15 września 2009 r. (...) opublikowała na swojej stronie internetowej „Ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii (...)”.

Oferta hurtowa (...) skierowana była przede wszystkim do operatorów telefonii ruchomej, jako przedsiębiorców posiadających detaliczną sieć dystrybucyjną umożliwiającą zaoferowanie usług telewizji (...) użytkownikom końcowym, choć hurtowym odbiorcą usług oferowanych przez (...) mogli być również operatorzy telewizji kablowych, operatorzy platform płatnej telewizji satelitarnej.

W dniu 15 września 2009 r. odbyło się posiedzenie zarządu (...). Zarząd tej spółki zobowiązał swojego pracownika i jednocześnie członka rady nadzorczej (...)G. M. do przedyskutowania kwestii oferty (...) na forum rady nadzorczej spółki (...) sp. z o.o. oraz przedstawienia ustaleń w tym zakresie.

Zarówno bezpośrednio po opublikowaniu oferty hurtowej jak i przed tym zdarzeniem operatorzy publicznie, bo na łamach prasy negatywnie oceniali ofertę (...)nie widząc w niej wartości biznesowej w obecnych warunkach rynkowych”, stawiając „wyższe wymagania ofercie z racji tego, że wcześniej sami czynili przygotowania do świadczenia usługi hurtowej” „nie wiedząc jak ma wyglądać rozwój sieci”; wskazywali też, że „brakuje w ofercie wielu istotnych elementów np. gwarancji parametrów jakościowych”.

W dniu 2 października 2009 r. odbyło się kolejne spotkanie wspólników konsorcjum, na którym omawiano tematy dotyczące sytuacji finansowej oraz perspektyw (...), statusu (...), a także nowych potencjalnych obszarów współpracy

udziałowców konsorcjum. Operatorzy odnieśli się również do oferty hurtowej (...), którą spółka ta opublikowała w dniu 25 września 2009 r. na swojej stronie internetowej.

Komentarze spółki (...) na temat oferty spółki (...) były poprzedzone dyskusją nt podjęcia przez (...) kroków prawnych w ramach postępowania ws rezerwacji i decyzją o złożeniu odwołanie do sądu administracyjnego.

Na spotkaniu wspólników 2.10.2009r. omówiono również decyzję o podjęciu przez konsorcjum działań z zakresu PR (decyzja (...)).

W dniu 6 października 2009 r. odbyło się posiedzenie zarządu (...), na którym przedstawiciel tego (...) w Radzie Nadzorczej (...) G. M. został poproszony o zreferowanie spotkania wspólników (...), które miało miejsce w dniu 2 października 2009 r.

W dniach 16-19 października 2009 r. M. L. z (...) wymienił się korespondencją e-mail, w ramach, której przesłał do trzech osób wewnątrz tej spółki (...), P. J., J. N. propozycję swoich odpowiedzi na pytania dziennikarza dotyczące projektu (...).

(...) 26 października 2009r złożyła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. na decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 29 września 2009 roku nr (...), (wydanej na skutek wniosku (...) o ponowne rozpatrzenie sprawy) utrzymującej w mocy Decyzję Rezerwacyjną na rzecz (...).

W ostatnim kwartale 2009r. pojawiały się publiczne wypowiedzi operatorów krytykujące warunki współpracy jakie przewidywała oferta hurtowa (...).

W następstwie opublikowania przez (...) pierwszej oferty hurtowej żaden z operatorów nie podjął z tą spółką współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...). Natomiast spółka podpisała listy intencyjne między innymi z operatorami telewizji kablowej.

W dniu 10 lutego 2010 r. (...) opublikowała zmienioną „Ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w technologii (...)”.

Następnie (...) przesłała zmienioną ofertę hurtową do operatorów, zapraszając ich do ponowienia negocjacji dotyczących podjęcia współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji (...).

W marcu 2010 r. doszło do osobnych spotkań (...) z przedstawicielami operatorów - (...), (...) oraz (...), którzy wskazali na brak zainteresowania współpracą w zakresie świadczenia usług telewizji (...), jako powód wskazując przede wszystkim zbyt ogólne warunki oferty z dnia 10 lutego 2010 r.

Z kolei operator (...), pismem z 24 marca 2010r. poinformował (...), że nie jest zainteresowany świadczeniem usług telewizji (...) na zasadach określonych w ww. zmienionej ofercie, natomiast wykazał zainteresowanie świadczeniem tych usług w innym modelu finansowym. (...) wyraziła zgodę na rozpoczęcie rozmów z ww. operatorem w tym zakresie.

(...) i (...) prowadziły jeszcze rozmowy dotyczące ewentualnej współpracy jednak ich treść nie została ujawniona do publicznej wiadomości przez żadną ze stron, w szczególności także nie została przedstawiona pozostałym wspólnikom konsorcjum.

Ostatecznie także operator (...) nie zdecydował się na podjęcie z (...) współpracy w zakresie (...) również w innym modelu finansowym. Negatywną rekomendację odnośnie do tej współpracy przyjął zarząd tego (...) na posiedzeniu w dniu 19 maja 2010 r.

Do dnia wydania zaskarżonej decyzji żaden z operatorów nie podjął współpracy z (...) w zakresie świadczenia usług telewizji (...).

Na dzień 16 sierpnia 2010 r. (...) wykonała zobowiązania nałożone decyzją Prezesa UKE nr (...) z dnia 26 czerwca 2009 r., tj. m.in. rozpoczęła wykorzystywanie częstotliwości oraz komercyjne hurtowe oferowanie audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych z ich wykorzystaniem, rozumianego jako moment ogłoszenia równej i niedyskryminacyjnej oferty hurtowej przy jednoczesnym umożliwieniu odbioru użytkownikom końcowym na obszarach, na których nastąpiło rozpoczęcie wykorzystywania częstotliwości; opublikowała jednolitą ofertę hurtową, zawierającą w szczególności warunki i zasady, w tym techniczne i ekonomiczne, współpracy z operatorem oraz wszystkie inne elementy niezbędne do zawarcia umowy na hurtowe świadczenie audiowizualnych usług medialnych oraz właściwego wykonywania takiej umowy. Realizacja powyższych zobowiązań polega na przedstawieniu i opublikowaniu jednolitej oferty hurtowej w dniu 25 września 2009 r., zmienionej następnie ofertą opublikowaną dnia 10 lutego 2010 r.

Prezes UKE w piśmie z 16 sierpnia skierowanym do Prezesa UOKiK wyraził pogląd, że opublikowana przez (...) zarówno pierwsza jak i druga oferta hurtowa stanowi realizację zobowiązań rezerwacyjnych oraz, że opublikowany dokument spełnia przesłanki do uznania go za ofertę w rozumieniu kodeksu cywilnego oraz warunki właściwe dla ofert ramowych określone w rozporządzeniu Ministra infrastruktury z dnia 21 lipca 2008 r. w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym.

W dniu 4 czerwca 2012r (...) opublikowała kolejną ofertę hurtową, która nie była oparta na technologii (...), ale na technologii (...), gdyż w grudniu 2010 Prezes UKE zmienił decyzję rezerwacyjną wprowadzając do niej neutralność technologiczną (tzn. telewizja mobilna mogła być oferowana w dowolnej technologii). W prezentacji nowej oferty (...) wskazał, że technologia (...), to technologia bez przyszłości, i odwołał się do przykładów niepowodzenia tej technologii na innych rynkach krajowych. W szczególności wskazując, na Francję, Hiszpanię i Niemcy - wywodził, że usługi (...) nie pojawiły się mimo podejmowania prób ich wdrożenia. Natomiast Szwajcaria, Austria, Węgry zaprzestały świadczenia usług w tym standardzie w 2010r, bądź też operatorzy w tych krajach wycofali się z uruchamiania. Najwięcej miejsca w prezentacji (...) dotyczącej niepowodzenia (...), zajął (...) operator, który zgodnie z informacją zawartą w prezentacji w 2011r ogłosił zamknięcie platformy mobilnej z uwagi na brak przyszłości (...) jako światowego standardu, czego powodem był: brak kompatybilnych urządzeń, bardzo droga emisja sygnału dedykowana jednemu rodzajowi usług, i wysoki spadek abonentów tj o połowę w 2010r.

W oparciu o tę ostatnią, trzecią ofertę hurtową (...), podjął z chwilą jej ogłoszenia próbę wdrożenia opartej na niej oferty detalicznej. Jednak już 25 września 2012r podjęto decyzję o wypowiedzeniu umowy hurtowej (...) i zamknięciu usługi detalicznej. Uzasadnione to było bardzo małym zainteresowaniem usługą: po 3 miesiącach od jej uruchomienia poziom realizacji planu pozyskania klientów wynosił zaledwie 4,1%, a całkowita baza klientów wynosiła (...) sztuk, w tym (...)w ramach abonamentu, gdy tymczasem miesięczne opłaty były na poziomie 375.000 zł.

Sąd I instancji wskazał, że operatorom sieci komórkowej - powodom w niniejszej sprawie został postawiony zarzut zawarcia porozumienia polegającego na dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...); dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty. Działania te, zdaniem organu, stanowiły praktykę ograniczającą konkurencję i naruszały zakaz o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, oraz jednocześnie naruszały zakaz o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z dnia 9 maja 2008 r. nr C 115).

Sąd I instancji podniósł, że w myśl krajowej regulacji wynikającej z art. 6 zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;

- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu;
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Natomiast na poziomie europejskim artykuł 101 TFUE wskazuje, że niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą mieć wpływ na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji; lub
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

W ocenie Sądu opisane w decyzji zachowania operatorów nie dowodzą, że były realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z innym przedsiębiorcą tj. z (...), a ponadto zachowania operatorów dotyczące ich relacji z (...) były adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz były urzeczywistnieniem realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, jakim było utworzenie za zgodą Prezesa UOKiK, wspólnego przedsiębiorcy, który miał być hurtowym dostawcą usługi telewizji mobilnej w systemie (...).

Jako błędne, Sąd I instancji ocenił założenie Prezesa UOKiK, że także współpraca między operatorami na poziomie detalicznym mogła wyeliminować presję konkurencyjną na rynku właściwym telefonii ruchomej. Zdaniem Sądu w tej fazie procesu gospodarczego dotyczącego telewizji mobilnej, presja konkurencyjna była znikoma, a na pewno nic nie znacząca.

Rywalizacja operatorów o detalicznych abonentów odbiorców usługi tv mobilnej nie była tak silna z wielu powodów. Po pierwsze - usługa tv mobilnej miała charakter usługi dodanej do zasadniczej sfery działalności operatorów jaką są usługi głosowe, SMS czy Internet, co oznaczało, że nie może ona w zasadniczy sposób oddziaływać na wybory konsumentów, gdyż główną arenę rywalizacji stanowią jednak usługi podstawowe, które gwarantowały operatorom podobny lub zbliżony poziom udziału w rynku. Jest to tym bardziej oczywiste, że operatorzy zakładali, że usługa ta będzie miała jednak charakter niszowy a jej oferowanie miało bardziej charakter prestiżowy niż biznesowy. Powyższa konstatacja jest, w ocenie Sądu I instancji, oczywista jeśli się weźmie pod uwagę fakt, że uzasadnienia projektów (tzw (...) czyli (...)) wdrożenia tv mobilnej, jako usługi dodanej u poszczególnych operatorów zakładały osiągnięcie korzyści z inwestycji po bardzo długim okresie od wdrożenia usługi (10-15 lat, gdy zwykle operatorzy nie podejmowali ryzyka inwestycyjnego dla projektów których (...) zakładał rentowność w okresie dłuższym niż 2-3 lata), a przewidywane wyniki finansowe pozycjonowały projekt na granicy opłacalności (np. prezentacja dla Zarządu

(...) , na posiedzenie w dniu 13 sierpnia 2008r - k.2420 i 2421, dla (...) w perspektywie 15 lat udział przychodów z TV mobilnej miał stanowić 1 promil rocznych przychodów). Po wtóre - wykreowana przez UKE w konkursie na częstotliwość (...) zasada, że oferta hurtowa miała być publiczna i niedyskryminacyjna, chroniła w istocie operatorów, przed ewentualną utratą abonentów na korzyść tego z nich który skorzystałby z oferty hurtowej, gdyż pozostali mieli z uwagi na ten warunek konkursu zagwarantowane, że na równych zasadach będą mogli skorzystać z takiej samej oferty hurtowej. W ocenie Sądu I instancji, oznaczało to, że ryzyko utraty abonentów na rzecz tego operatora, który skorzysta z oferty (...) nie było duże, skoro w każdej chwili możliwe byłoby równoległe skorzystanie z takiej samej oferty przez pozostałych operatorów i stworzenie na jej podstawie oferty detalicznej skierowanej do własnych (i nie tylko) abonentów. Gwarantowało to w istocie każdemu z operatorów utrzymanie puli abonentów na tym samym co dotychczas poziomie, skoro możliwe było w stosunkowo krótkim czasie stworzenie oferty detalicznej skierowywanej do własnych abonentów, co oznaczało, że ci nieliczni zainteresowani usługą tv mobilnej nie musieliby w celu uzyskania do niej dostępu przechodzić do konkurencji. Skoro więc każdy z (...) mógł w dowolnym momencie skorzystać z publicznie dostępnej oferty na tych samych warunkach co jego konkurent realizujący już umowę w oparciu o warunki oferty hurtowej, to trudno mówić o możliwości uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich.

W ocenie Sądu I instancji, na znaczne zmniejszenie presji konkurencyjnej na rynku detalicznym lub wręcz jej brak, istotny wpływ miała także narastająca z czasem świadomość po stronie każdego z operatorów na co wskazywali świadkowie, granicząca nawet z pewnością, że jednak telewizja mobilna w systemie (...) nie jest najlepszym technologicznie rozwiązaniem dla udostępniania treści użytkownikom końcowym. Wskazywały na to zarówno doświadczenia operatorów zagranicznych, którzy bądź projekt (...) wdrożyli a potem go zarzucili, bądź w ogóle odstąpili od jego wdrażania, ale także coraz bardziej powszechna i znacznie bardziej pożądana przez użytkowników i efektywniejsza dla operatorów bo oparta na własnej sieci technologia (...).

W ocenie Sądu, działania opisane w stanie faktycznym zachowania operatorów nie przekraczały granic dozwolonej współpracy wyznaczonej przez zgodę UOKiK na utworzenie wspólnego operatora a ponadto nie zachodził związek przyczynowy między tymi działaniami powodów a ich zachowaniem na rynku.

Jednak zdaniem Sądu postępowanie dowodowe wykazało, że skutek jaki powstał na rynku nie wynikał z faktu zawarcia porozumienia przez operatorów, bo takiego nie było, ale był efektem obiektywnych okoliczności i nie pozostawał w związku z niedozwolonym zachowaniem operatorów. W szczególności brak możliwości rozwoju hurtowego rynku tv mobilnej wynikał z braku perspektyw rozwoju tej technologii oraz rozwoju alternatywnych sposobów przesyłania treści, skromnej oferty urządzeń do odbioru telewizji w tej technologii ale także nieatrakcyjności oferty hurtowej i ogarniającego Europę kryzysu gospodarczego. Natomiast niezaprzeczalny fakt, że operatorzy nie zawarli z (...) umowy dotyczącej hurtowego świadczenia audiowizualnych usług medialnych w oparciu o Ofertę Hurtową (...) oraz fakt, iż krytycznie wypowiadali na temat tej oferty nie wynikał z zawarcie między nimi porozumienia ale miał swoje źródło w samodzielnie dokonywanej ocenie tej oferty.

O braku atrakcyjności ekonomicznej dla operatorów pierwszej oferty hurtowej (...) świadczy, w ocenie Sadu I instancji, także fakt, że nawet podjęcie przez (...) współpracy w oparciu o najbardziej korzystną pod względem opłat obciążających detalistę, trzecią ofertę hurtową spowodowało straty finansowe (...) i fiasco usługi ((...) musiał się wycofać z tej usługi po kilku miesiącach jej świadczenia).

Kolejną obiektywną przyczyną, która zdaniem Sądu zadecydowała o podjęciu zbieżnych aczkolwiek niezgodnionych przez operatorów decyzji o nie wdrażaniu telewizji mobilnej a tym samym i nie skorzystaniu z oferty (...), była niewielka oferta urządzeń mobilnych (aparatów) do odbioru telewizji mobilnej w technologii (...).

W ocenie Sądu także fakt, że pozostałe podmioty, inne niż (...) do których także była skierowana oferta (...), a które nawet podpisały listy intencyjne, ostatecznie nie podjęły decyzji o wdrażaniu usług rozsiewczej telewizji mobilnej w formacie (...) – świadczy, o tym, że niepodjęcie także przez udziałowców (...) współpracy z (...) było efektem racjonalnej z punktu widzenia ekonomii samodzielnej decyzji każdego z tych podmiotów a nie wynikało z porozumienia zawartego przez (...).

Zdaniem Sądu wystąpienie na rynku skutku w postaci niewdrożenia usługi telewizji mobilnej w technologii (...) nie tylko, że wynikało z niezależnych od operatorów przyczyny to także operatorzy nie ponosili za niego odpowiedzialności gdyż samodzielnie wyrobili sobie opinię na temat oferty hurtowej a ich decyzja nie była uzależniona od stanowiska pozostałych operatorów.

W związku z powyższymi konkluzjami, zbędne zdaniem Sądu było odnoszenie się do dalszych zarzutów operatorów podnoszonych w odwołaniach, skoro został uwzględniony najdalej idący zarzut błędnego ustalenie stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej nie zostało zawarte porozumienie pomiędzy:

1. (...) S.A. z siedzibą w W.;
2. (...) S.A. z siedzibą w W.;
3. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.;
4. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.,

polegające na: - dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z., - wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) sp. z o.o. z siedzibą w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii (...), - dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej ofert.

Na marginesie Sąd wyjaśnił, że w jego ocenie Prezes UOKiK prawidłowo wyznaczył rynek właściwy określając, że rynkiem, którego dotyczył zarzut zawarcia porozumienia jest krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej, zaś cel lub skutek jaki mógłby się ziścić, gdyby zarzut się potwierdził wystąpiłby zarówno na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej jak i na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii (...).

Prawidłowo, zdaniem Sądu, organ uznał także, że produktem oferowanym na detalicznym rynku telefonii ruchomej są pakiety usług telefonii ruchomej, w skład których wchodzi obok usług podstawowych inne usługi dodane.

Właściwe, w ocenie Sądu, było także stanowisko UOKiK, że geograficzny zasięg obu zidentyfikowanych w sprawie rynków obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co oczywiste było w odniesieniu do rynku telefonii ruchomej z racji posiadanego zasięgu sieci przez każdego z operatorów na terenie RP.

Sąd nie podzielił także zarzutu operatorów odnoszącego się do oparcia decyzji na dokumentach, do których strony nie miały wglądu z uwagi na chronioną przez organ tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnośnie tego zarzutu to najistotniejsze było, że w istocie odpadł on w toku procesu, gdyż w toku postępowania sądowego zostały ujawnione w trybie art. 479 (33) § 1 pkt 2 kpc dowody z dokumentów, na których zostało oparte rozstrzygnięcie decyzji, a które na etapie postępowania administracyjnego były niejawne dla stron.

Kolejny procesowy zarzut stron odnosił się do zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania. W zakresie tym nie doszło, zdaniem Sądu, do naruszenia prawa do obrony operatorów, gdyż dokonane zmiany nie były tego rodzaju aby wymagały podjęcia jakichś szczególnych, innych niż podejmowane środków obrony przez przedsiębiorców. W szczególności postawienie zarzutu o naruszenie reguł konkurencji określonych w TFUE w istocie stanowiło powielenie zarzutów naruszenia krajowych reguł konkurencji, gdyż przesłanki maturalnoprawne stawianych zarzutów są tożsame na gruncie prawa krajowego jak i wspólnotowego, różni jej jedynie zasięg możliwego wpływu praktyki, który mógł być kwestionowany z równą skutecznością na każdym etapie postępowania.

Natomiast zmiana dokonana postanowieniem z 6 września 2011 miała, zdaniem Sądu, jedynie charakter kosmetyczny i w zasadzie tylko uszczegóławiała postawiony na początkowym etapie zarzut dokonywanie uzgodnień dotyczących oferty, nie mogą więc też mieć wpływu ani na linię obrony operatorów ani też nie wymagała podjęcia przez nich jakiś szczególnych środków obrony.

Mając na uwadze powyższe Sąd na podstawie art. 479^{31a} §3 k.p.c. uchylił zaskarżoną decyzję, uznając, że błędne było ustalenie przez Prezesa UOKiK, że doszło do zawarcia między powodami porozumienia w zakresie określonym w decyzji. .

W oparciu o przepis art. 98 k.p.c. Sąd orzekł o zwrocie na rzecz powodów kosztów procesu niezbędnych do celowego dochodzenia praw przed Sądem. Dla poszczególnych operatorów na koszty te składały się opłaty od odwołania (1.000 zł), koszty zastępstwa procesowego strony przez pełnomocnika (360 zł) oraz koszty wydatków związanych z wydawanymi z akt kserokopiami transkrypcji zeznań świadków (dla (...), (...) i (...)).

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1. art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) poprzez błędne przyjęcie, że nie doszło do zawarcia przez powodów ograniczającego konkurencję porozumienia, błędne przyjęcie braku antykonkurencyjnego skutku porozumienia, błędne przyjęcie, że dla stwierdzenia stosowania antykonkurencyjnego porozumienia konieczne jest formalne czy czynne zaakceptowanie określonych propozycji lub ustaleń, błędne przyjęcie- pomimo ustalenia, że konkurenci wymienili się wiedzą o swojej ocenie oferty (...) z punktu widzenia detalistów- że nie doszło do zawarcia niezgodnego z prawem porozumienia polegającego na wymianie informacji pomiędzy konkurentami;

2. art. 18 w zw. z art. 6 ustawy okik i art. 101 TFUE poprzez niezasadne przyjęcie przez Sąd, że działanie podejmowane przez przedsiębiorcę utworzonego w oparciu o wydaną przez Prezesa UOKiK zgodę na koncentrację, jak również podmioty go tworzące, a pozostające w bezpośrednim lub pośrednim związku z celami lub przedmiotem działalności wspólnego przedsiębiorcy nie podlegają ocenie ich legalności na gruncie przepisów o zakazie stosowania praktyk ograniczających konkurencję;

3. art. 4 pkt 5 w zw. z art. 6 ustawy okik poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni porozumienia z pominięciem dotychczasowego dorobku orzeczniczego i poglądów doktryny;

II. naruszenie przepisów postępowania, mające wpływ na wynik sprawy t.j. art. 233 k.p.c. i art. 328 k.p.c. poprzez nieprawidłowe i wzajemnie sprzeczne ustalenia, zaniechanie oceny materiału dowodowego poprzez niezasadne pominięcie w jego ocenie lub ustaleniu stanu faktycznego istotnych okoliczności oraz wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających, art. 316 w zw. z art. 479^{31a} k.p.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuwzględnieniu specyfiki kontroli przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzji Prezesa UOKiK w sprawach antymonopolowych, art. 479^{31a} k.p.c. poprzez uchylenie decyzji, pomimo że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynikało, że doszło do zawarcia ograniczającego konkurencję porozumienia między 4 operatorami telefonii mobilnej.

Wskazując na powyższe pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołań powodów oraz zasądzenie od powodów na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz pozostawienie temu sadowi orzeczenia w zakresie kosztów zastępstwa procesowego za drugą instancję.

W odpowiedzi na apelację każdy z powodów wniósł o jej oddalenie i o zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego okazała się bezzasadna.

Sąd I instancji w sposób wszechstronny i wnikliwy dokonał oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego i poczynił właściwe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny podziela i uznaje za swoje.

W orzecnictwie przyjmuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wążąc ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (tak np.: uzasadnienie Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980r., II URN, OSNC 1980/10/200). Jeśli tylko z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne. Jedynie wówczas, gdy brak jest logiki w wysnuwaniu wniosków ze zgromadzonego materiału dowodowego lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza reguły logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyrok SN z 27 września 2002 r. sygn. II CKN 817/00, Lex nr 56906; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. I ACa 21/11). Dla skutecznego zwalczania swobodnej oceny dowodów konieczne jest posłużenie się argumentami wyłącznie jurydycznymi i wykazanie, że określone w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wynik sprawy. Argumentacja pozwanego zawarta w apelacji dotycząca naruszenia przez Sąd I instancji reguł swobodnej oceny dowodów w istocie stanowi polemikę z wywodami Sądu, stanowi ponowne przedstawienie prezentowanej przez Prezesa UOKiK wersji zdarzeń i wyciągniętych przez niego wniosków.

Sąd I instancji prawidłowo ustalił przyczyny, dlaczego pomiędzy przedstawicielami poszczególnych operatorów dochodziło do kolejnych spotkań oraz jaki był ich przebieg. Wskazać należy, że współpraca operatorów była związana z powołaną przez nich w dniu 10 grudnia 2008r. spółką (...). Celem wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, który miał być realizowany poprzez zawiązaną przez operatorów spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, było prowadzenie działalności na hurtowym rynku świadczenia audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie (...). Powodowie zostali współnikami, każdy z nich posiadał 25% udziałów w spółce. Podkreślenia wymaga, że Prezes UOKiK aprobował tego rodzaju współpracę powodów, w decyzji z dnia 5 grudnia 2008r. nr (...) wyraził bowiem zgodę na koncentrację, która była niezbędnym warunkiem utworzenia podmiotu. Sąd I instancji trafnie zauważył, że fakt uzyskania zgody na utworzenie przez operatorów koncentracyjnego przedsiębiorcy nie jest równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę, jednakże kontakty przedsiębiorców odnoszące się jedynie pośrednio do usług detalicznych telewizji mobilnej nie mogły zostać uznane za niedozwolone porozumienie, jeśli w istocie odnosiły się do świadczenia hurtowych usług telewizji mobilnej i temu były zasadniczo podporządkowane. Wskazać należy, że członkami zarządu i rady nadzorczej (...) zostali pracownicy każdego z operatorów t.j.: R. L. ((...)), G. M. ((...)), K. D. (1) ((...)), P. J. ((...)) (członkowie rady nadzorczej), M. L. ((...)), T. K. (1) ((...)), J. S. ((...)), B. K. ((...)) (członkowie zarządu).

Osoby te, poza uczestnictwem w posiedzeniach organów (...), brały udział także w spotkaniach współników (...). Zebrane w sprawie dowody jednoznacznie wskazują, że spółka nie miała swojego biura, nie zatrudniała pracowników obsługi biurowej, nie miała działu PR. Spotkania organizowali więc rotacyjnie jej współnicy. Spotkania władz spółki i współników (...) miały na celu uzgodnienia dotyczące świadczenia hurtowych usług telewizji mobilnej, co Sąd w sposób niewątpliwy ustalił. Ponadto zasadnie Sąd I instancji uznał, że osoby pełniące funkcje w zarządzie i radzie nadzorczej spółki pełniły w istocie rolę „marionetkowe” t.j. ograniczone do funkcji formalnej oraz sprawozdawczo - usługowej wobec współników, o czym świadczą zeznania świadka K. D. (1) ((...)) potwierdzone przez zeznania G. M. ((...)). O roli członków organów spółki świadczy również podnoszona przez Sąd I instancji okoliczność, że powyższe osoby były pracownikami operatorów, oddelegowanymi do pełnienia funkcji w konsorcjum. Słuszny jest więc wniosek Sądu, że członkowie organów (...) nie mieli rzeczywistego wpływu na politykę i decyzje poszczególnych operatorów. Ustalenia sądu znajdują potwierdzenie w zeznaniach świadków np. W. D. (protokół rozprawy z 20 marca 2015r., godz. 04:15:41-04:24:43), M. L. (s.52 i 59-61, 75-78 transkrypcji protokołu rozprawy z dnia 20 marca 2015r.)

Trafnie również uznano, że podejmowanie decyzji związanych z rynkiem hurtowym było niemożliwe bez odniesień związanych z rynkiem detalicznym, jednakże kluczową kwestią było ustalenie, że odniesienie to było podporządkowane głównemu celowi, jakim było świadczenie usług hurtowych.

Wbrew opinii skarżącego, prawidłowa była, dokonana przez Sąd I instancji, ocena dowodów, dotyczących przebiegu spotkania, które odbyło się 2 października 2009r., jak również podjętej wówczas decyzji. Było to nieformalne spotkanie (...) spółki (...) (...). Jego przebieg został ustalony na podstawie protokołu spotkania wspólników i prezentacji przygotowanej na spotkanie (k.29-35, k.101-131, k. 635-672 akt adm.). Omawiano na nim tematy dotyczące sytuacji finansowej oraz perspektyw (...), statusu (...), potencjalnych obszarów współpracy udziałowców konsorcjum. Przedstawiciele operatorów odnieśli się wówczas do oferty hurtowej (...), którą spółka opublikowała w dniu 25 września 2009r. na swojej stronie internetowej. Jak wynika z prezentacji przygotowanej na to spotkanie zajmowano się wówczas m.in. tematem: „ Planowany zasięg telewizji cyfrowej w technologii (...) i wejście na rynek zgodnie z ofertą (...) oraz Uwagi (...)na temat oferty hurtowej” Operatorzy przeanalizowali również szczegóły finansowe (...), zgodnie z którą operator sieci komórkowej miał pokryć koszty integracji systemów, zapewnić system rozliczeniowy i dofinansowanie dla terminali oraz zapłacić za korzystanie z treści (od użytkownika) i tantiemy (...)/ (...).

Wspólnicy (...) doszli wówczas do wniosku, że spółka winna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym PR oraz, że (...)przygotuje oświadczenia, które będą rozpowszechniane przez biura PR.

Apelujący zarzucił Sądowi I instancji - w zakresie ustaleń dotyczących przebiegu spotkania w dniu 2 października 2009r. - brak wystarczającego rozdzielenia ról pracowników poszczególnych operatorów w działaniu jako wspólnicy (...) a jako przedstawiciele operatorów i niedostateczne uwzględnienie, że w tej drugiej roli operatorzy wymienili się swymi poglądami na temat oferty detalicznej.

Jak już wskazano powyżej przedstawiciele operatorów wchodzący w skład organów spółki (...) nie mieli realnego wpływu na decyzje operatorów. Wymiana poglądów na temat oferty (...) na tym spotkaniu nie może być traktowana jako zawarcie niedozwolonego porozumienia, gdyż przede wszystkim brak jest dowodów na okoliczność, że powodowie przyjęli jakąś wspólną strategię opartą na wspólnej negatywnej ocenie oferty. Poza tym trafnie Sąd stwierdził, że ocena oferty hurtowej na spotkaniu wspólników (...) było oceną tej spółki, nie zaś poszczególnych operatorów, gdyż oferta (...) była porównywana do oferty hurtowej przygotowanej przez (...) na etapie przed rozstrzygnięciem konkursu. Porównanie to odnosiło się do informacji powszechnie znanych, dla uczestników spotkania było oczywiste, że oferta (...) jest mniej atrakcyjna od oferty (...), każdy z operatorów miał już swoje określone stanowisko w tej kwestii. Wskazać również należy, że (...) rozważało świadczenie usługi telewizji mobilnej w innej technologii t.j. (...). Ocena oferty (...) była więc zasadna pod kątem oceny możliwości stworzenia konkurencyjnej wobec (...) ofert, która byłaby oparta na innej technologii. Na posiedzeniu 2 października podjęto również decyzje o złożeniu skargi na decyzji rezerwacyjnej Prezesa UKE do WSA. (...) i (...) byli konkurentami w rywalizacji o częstotliwość.

Powyższa ocena prowadzi również do wniosku, że decyzja odnośnie kwestionowania ważności i wiarygodności oferty (...) podjęta na tym spotkaniu była decyzją spółki (...) a nie poszczególnych operatorów. To właśnie spółka (...) miała przygotować oświadczenia, które miały zostać rozpowszechnione przez biura PR poszczególnych operatorów. Należy mieć na względzie wspomnianą już wcześniej okoliczność, że spółka (...) nie miała własnego działu PR, stąd podjęto decyzję o technicznym wykorzystaniu biur PR operatorów do oceny oferty hurtowej (...).

Wskazać należy, że brak jest podstaw do twierdzenia zawartego w apelacji, że operatorzy nie mieli pewności, czy któryś z nich nie podejmie samodzielnej współpracy z (...). Wniosku takiego nie sposób wyciągnąć z zeznań świadka R. L., który odniósł się jedynie do porównania oferty hurtowej (...) z ofertą hurtową planowaną przez (...). Podobnie brak podstaw by przyjąć, że każdy z operatorzy (jako detaliści) wymienili się informacjami jak oceniają ofertę hurtową (...). Podkreślenia wymaga, że przebieg spotkania opisuje w sposób zgodny kilku świadków t.j. K. T., K. D. (1), T. K. (2), G. M. i M. L..

Zdaniem Sądu I instancji, o stanowisku poszczególnych operatorów jako detalistów odnośnie oferty (...) można było się dowiedzieć przed 2 października 2009r., ponieważ wielokrotnie przed tą datą pojawiły się ich publiczne wypowiedzi na łamach prasy na temat małej atrakcyjności tej oferty. Operatorzy powoływali się na brak wartości biznesowej w obecnych warunkach rynkowych, stawiając wyższe wymagania ofercie, wskazywali też, że brakuje w ofercie wielu istotnych elementów np. gwarancji parametrów jakościowych. Sąd I instancji przytoczył w swym uzasadnieniu przykłady takich negatywnych wypowiedzi.

Podsumowując, stwierdzić należy, że Sąd I instancji wnikliwie przeanalizował materiał dowodowy związany ze spotkaniem z dnia 2 października 2009r. i wyciągnął z niego logiczne wnioski, uznając, że brak podstaw by przyjąć, że zawarto wówczas niedozwolone porozumienie.

Odnosząc się do zarzutu błędnej oceny dowodów związanych ze spotkaniem wspólników (...) w dniu 1 czerwca 2009r., to wskazać należy, że jego przebieg wynikał przede wszystkim ze sporządzonego protokołu (k.132-136 akt adm.). Omawiano wówczas stan spółki, jej sytuację finansową, kwestie związane z konkursem o rezerwację częstotliwości, aspekty prawne rozszerzenia działalności (...) oraz stan badań nad nowymi potencjalnymi obszarami działalności konsorcjum. Podjęto również decyzję o obserwacji (...), co nie może budzić wątpliwości w sytuacji gdy technologia (...) była mało rozpowszechniona.

Sąd I instancji prawidłowo również wyjaśnił przyczyny braku zainteresowania ofertą spółki (...) w okresie od kwietnia do września 2009r.

W dniu 6 marca 2009r. nastąpiło rozstrzygnięcie konkursu na rezerwację częstotliwości z zakresu (...) przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii (...), w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej. W ramach konkursu do Prezesa UKE wpłynęły dwie oferty od (...) i (...). Zwycięzcą zostało (...). Po ogłoszeniu wyników operatorzy będący wspólnikami (...) nie podjęli rozmów z (...). Nie wynikało to z faktu zawarcia niedozwolonego porozumienia, ale było rezultatem sytuacji prawnej, w jakiej (...) się znalazło, gdyż operatorzy w ramach (...) kwestionowali wyniki rozstrzygnięcia.

Wbrew twierdzeniom skarżącego, Sąd I instancji zasadnie uznał, że e-mail J. W. z dnia 6 marca 2009r. skierowany do K. D., T. K., M. W. i M. S. nie mógł być uznany za przejaw współpracy operatorów na szczeblu detalicznym. Ten e-mail zawierał propozycje działań po rozstrzygnięciu konkursu, jednakże brak podstaw by przyjąć, że były to ustalenia dokonane przez operatorów. Słusznie Sąd ocenił, że była to jedynie propozycja pracownika jednego z operatorów, która miała być przedstawiona do akceptacji wspólnikom (...). W dniu 23 marca 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników (...), na którym omawiano następujące tematy: stan rynku telewizji mobilnej w Polsce i Europie, wnioski z projektu wspólnego rozwoju systemu (...), wyniki konkursu i kolejne działania z nim związane oraz potrzeby finansowe (...). Udziałowcy konsorcjum jednogłośnie wówczas podjęli uchwałę za pozostawieniem każdemu z operatorów swobody co do współpracy z (...). K. H. (prezes zarządu (...)) zaproponował nawet zakończenie wszelkiej współpracy operatorów i rozwiązanie spółki (...). Ostatecznie postanowiono kontynuować współpracę w ramach (...), ale na innej płaszczyźnie niż (...). Trafna jest więc ocena, że propozycja J. W. nie znalazła akceptacji operatorów, skoro na wskazanym spotkaniu wyraźnie się od niej odcięli.

Trafnie Sąd I instancji ustalił, że pomiędzy operatorami nie istniała presja konkurencyjna co do wdrożenia w ich ofercie detalicznej usług telewizji mobilnej. Usługa ta miała charakter dodatkowy do zasadniczych usług świadczonych przez powodów. W momencie podejmowania decyzji o utworzeniu spółki (...) operatorzy działali w celu zwiększenia oferty detalicznej czy jej atrakcyjności, nie zaś osiągnięcia istotnego, dodatkowego wyniku finansowego. W miarę upływu czasu projekt ten stawał się coraz mniej perspektywiczny. Wynika to z faktu, że był on obciążony dużym ryzykiem biznesowym i małą rentownością. Ewentualne zyski miały nastąpić po ok. 10- 15 latach. Brak jednak podstaw by przyjąć, że operatorzy godzili się na uruchomienie tej usługi ze stratą. Sąd ustalił również, że istniały obiektywne przyczyny, z powodu których ostatecznie nie doszło do wdrożenia tej usługi, że nie była atrakcyjna dla użytkowników końcowych, stając się również nieatrakcyjną ekonomicznie dla operatorów. Sąd wziął również

pod uwagę fakt, że opublikowana oferta hurtowa (...) była jawna, równa i niedyskryminacyjna wobec każdego z operatorów i takie ukształtowanie otoczenia rynkowego dawało operatorom możliwość skonstruowania ewentualnej oferty detalicznej i wyeliminowało korzyść z pierwszeństwa wejścia na rynek. Każdy z operatorów obawiał się podjęcia współpracy z (...) na warunkach określonych w ofercie hurtowej. Bez znaczenia jest przy tym, że operatorzy podjęli określony wysiłek organizacyjno- finansowy w celu wprowadzenia usługi do swojego portfolio, w sytuacji gdy okazało się, że usługa jest ekonomicznie nieopłacalna i nieatrakcyjna dla odbiorców końcowych. Sąd przeanalizował również, jak presja konkurencyjna uległa zminimalizowaniu w wyniku opublikowania oferty hurtowej (...) po wygranej dla rej spółki konkursu na rezerwację częstotliwości. Wziął pod uwagę fakt, że oferta hurtowa była jawna, równa i niedyskryminacyjna dla operatorów- każdy z nich miał takie same warunki wyjściowe dla stworzenia ewentualnej oferty detalicznej, co z kolei wyeliminowało ewentualną korzyść wynikającą z pierwszeństwa rozpoczęcia świadczenia usługi. Sąd zwrócił uwagę na ryzyko i koszty wdrożenia usługi w ofercie detalicznej, co stanowiło przyczynę dla której każdy z operatorów mógł się obawiać podjęcia współpracy z (...) na warunkach prezentowanych w ofercie hurtowej.

Prawidłowa jest ocena Sądu, że o zawarciu niedozwolonego porozumienia nie świadczy również prezentacja przygotowana na posiedzenie zarządu spółki (...), które odbyło się w dniu 3 marca 2009r. Przedstawiona została wówczas prezentacja, której tematem były m.in. kwestie związane z (...). Zawarto w niej dwa scenariusze rozwoju sytuacji rynkowej po rozstrzygnięciu konkursu, w przypadku jego wygrania przez (...) lub (...). W przypadku wygranej (...) przewidziano: Negocjacje z (...) nt odstąpienia od złożenia rezerwacji (uzgodnienie wspólnej dyscypliny i stanowiska negocjacyjnego)-*minimalizacja ryzyka „wyjęcia (...) z Konsorcjum. Podniesiono, że na planowanym na dzień 23 marca 2009r. zgromadzeniu Wspólników (...) będzie miała miejsce: Prezentacja wspólnego podejścia do możliwych scenariuszy rozwoju sytuacji po konkursie. Zasadnie Sąd I instancji zwrócił uwagę, że przedmiotowa prezentacja była wewnętrznym dokumentem jednego z operatorów, brak było w nim zgody pozostałych udziałowców (...) na zaprezentowane propozycje. Sąd słusznie miał na względzie fakt, że na przedmiotowym zgromadzeniu podjęto decyzję odmienną niż proponowana w prezentacji.

Sąd prawidłowo uznał, że o wymianie informacji ani o koordynacji działań PR pomiędzy operatorami nie może świadczyć e-mail G. M. (przedstawiciel (...)) z dnia 17 kwietnia 2009r. wysłany do pozostałych członków rady nadzorczej (...) t.j. do K. D. (1), P. J., i R. L., którym udostępnił treść odpowiedzi, jakiej wcześniej udzielił na pytanie dziennikarza dotyczące oferty telewizji (...). Skoro G. M. najpierw udzielił wypowiedzi a dopiero później poinformował o tym pozostałych członków rady nadzorczej (...), wynika stąd wniosek, że stanowiska operatorów dotyczące strategii (medialnej) wobec (...) nie były wcześniej uzgodnione.

Stwierdzić należy, że zasadnie Sąd I instancji przyjął, że pomiędzy operatorami nie było wspólnych uzgodnień odnośnie postępowania wobec (...). Każdy z operatorów podjął decyzję w zakresie braku współpracy indywidualnie.

Nie ma również racji skarżący zarzucając Sądowi I instancji niezasadne przyznanie waloru wiarygodności zeznaniom świadków G. M., R. L. i T. K. (2).

Zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, a zatem - jak podkreśla się w orzecznictwie - z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (por. wyrok SN z dnia 17 listopada 1966r., II CR 423/66, OSNPG 1967, nr 5-6, poz. 21; uzasadnienie wyroku SN z dnia 24 marca 1999r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 200 nr 10). W literaturze przyjmuje się, że moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd na skutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na temat okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wiarygodność decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na swoje indywidualne cechy i obiektywne okoliczności zasługuje na wiarę (por. Jakubecki Andrzej (red.), Bodio Joanna, Demenecki Tomasz, Marcewicz Olimpia, Telenga Przemysław, Wójcik Mariusz: Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 233 k.p.c., LEX nr 135627). Ocena wiarygodności dowodu odnosi się zatem do źródła

informacji. Kryteriami oceny wiarygodności są doświadczenie życiowe, inne źródła wiedzy, poprawność logiczna, prawdopodobieństwo wersji.

W przypadku świadków G. M., R. L. i T. K. (2) pozwany nie wykazał istnienia okoliczności odnoszących się do powyższych osób, mających świadczyć o ich niewiarygodności, zarzucił jedynie rozbieżności w ich zeznaniach w zakresie przyczyn porównania na spotkaniu (...) w dniu 2 października 2009r. oferty hurtowej (...) z założeniami oferty (...). Jednocześnie, apelujący nie wykazał, aby rozbieżności wynikające z cytowanych fragmentów zeznań dotyczyły kwestii mających znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Wbrew zarzutowi apelacji, uzasadnienie Sądu I instancji zostało sporządzone zgodnie z wymogami określonymi w art. 328 § 2 k.p.c. Przepis powyższy stanowi, że uzasadnienie powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej, rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. Uzasadnienie zawiera wszystkie wskazane elementy, w sposób niezwykle szczegółowy dokonuje zarówno analizy poczynionych ustaleń faktycznych jak również oceny prawnej.

Przechodząc do omówienia zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego, wskazać należy, że Sąd I instancji prawidłowo zastosował przepisy art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm. – dalej ustawa okik), jak również art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako TFUE).

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy okik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Natomiast zgodnie z art. 101 ust. 1 TFUE, niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.

W świetle przytoczonych przepisów w celu uznania, że strony postępowania dopuściły się naruszenia przepisów zakazujących zawierania antykonkurencyjnych porozumień Prezes UOKiK musi wykazać:

- 1) zawarcie przez przedsiębiorców porozumienia;
- 2) występowanie celu lub skutku porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko prezentowane przez Prezesa UOKiK, że w odniesieniu do standardu dowodu mającego zastosowanie w niniejszej sprawie należy mieć na względzie orzecznictwo Unii Europejskiej, z którego wynika konieczność posługiwania się m.in. domniemaniami, czy dedukcją, gdyż z natury rzeczy strony zawierające niedozwolone porozumienie starają się ten fakt ukryć, co powoduje, że brak jest w tym zakresie dowodów na piśmie. Jednocześnie, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie krajowym, że w mimo, że kary pieniężne nakładane na przedsiębiorców na podstawie ustawy okik uważane są za sankcje administracyjnoprawne, nie zaś sankcje karne, to w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji decyzji organu, powinny odpowiadać wymaganiom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej. Wymogi składające się na podwyższony standard ochrony przedsiębiorcy to np. obowiązek spoczywający na Prezesie UOKiK wykazania istnienia przesłanek nałożenia kary pieniężnej oraz obowiązek Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadzenia dogłębnej analizy w odniesieniu do przesłanek wysokości kary pieniężnej.

Prezes UOKiK celem wykazania naruszenia zakazu zawierania niedozwolonych porozumień może polegać zarówno na dowodach bezpośrednich jak i pośrednich. Dowody bezpośrednie to dowody z pierwszej ręki, pochodzące od uczestników spotkań i bezpośrednio wskazujące na jego uczestników, mogą one występować zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej relacji przedstawionej później. Dowody pośrednie, zwane też poszlakami, dotyczą faktu

dowodowego, ubocznego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 sierpnia 2006r. (III SK 6/06, LEX nr 354144) uznał za dopuszczalne w sprawach z zakresu ochrony konkurencji stosowanie domniemań faktycznych, z których można wyprowadzić wniosek o istnieniu porozumienia ograniczającego konkurencję. Podkreślenia wymaga jednak, że ciężar udowodnienia naruszenia prawa konkurencji spoczywa na organie antymonopolowym, który formułuje zarzuty naruszenia przepisów antymonopolowych.

Jako porozumienia, o których mowa w art. 6 ustawy oikik traktować należy porozumienia zdefiniowane w art. 4 pkt 5 ustawy oikik (umowy, uzgodnione praktyki przedsiębiorców lub ich związków, uchwały i inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych).

Artykuł 6 ust. 1 u.o.k.k. wymienia trzy sposoby negatywnego wpływu, jaki na konkurencję może mieć porozumienie. Dane porozumienie jest antykonkurencyjne, jeżeli oddziałuje na konkurencję chociażby w jeden z tych sposobów t.j poprzez wyeliminowanie konkurencji, ograniczenie konkurencji lub naruszenie konkurencji w inny sposób.

Z ograniczeniem konkurencji na rynku właściwym mamy do czynienia w przypadku, gdy dane porozumienie obejmuje tylko część przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą na tym rynku. Także w przypadku, gdy stronami porozumienia są nawet wszyscy przedsiębiorcy działający na tym rynku, lecz porozumienie to pozostawia im pewną swobodę decyzyjną, zachodzi skutek w postaci ograniczenia konkurencji. Ustalenie, czy dane porozumienie jest antykonkurencyjne, odbywa się przez ocenę jego oddziaływania na konkurencję na rynku właściwym.

W orzecznictwie krajowym wskazuje się, że porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji to takie, „którego nieodzownym skutkiem jest ograniczenie konkurencji” lub takie, którego „wdrożenie nieuchronnie doprowadzi do wywołania antykonkurencyjnego skutku”. Z kolei w orzecznictwie unijnym wyjaśniono, że rozróżnienie „naruszeń ze względu na cel” i „naruszeń ze względu na skutek” jest związane z okolicznością, że pewne formy zмовы między przedsiębiorstwami można uznać, z uwagi na sam ich charakter, za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji. Językowe pojmowanie „celu” określonego zachowania (w tym porozumienia) odnosi się do sfery subiektywnej (woli, chęci, intencji) osiągnięcia określonego stanu rzeczy (wywołania określonego skutku); mimo to - na potrzeby stosowania art. 6 ust. 1 u.o.k.k. / art. 101 ust. 1 TFUE - pojęcie celu, do którego odnoszą się te przepisy, postrzegane jest w kategoriach obiektywnych. Decydujące znaczenie ma zatem nie tyle subiektywne wyobrażenie stron co do celu ich zachowania, co obiektywnie ustalony cel samego porozumienia, przy czym ustalenie to powinno nastąpić z uwzględnieniem „gospodarczego kontekstu” (economic context) lub też „gospodarczego i prawnego kontekstu” (economic and legal), w jakim zawarte zostało (jest wykonywane) dane porozumienie (zob: Konrad Kohutek, Komentarz do art.6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, (...) 2014).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy że w niniejszym przypadku Prezes UOKiK uznał, że pomiędzy przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia, zaś istotą przedmiotowego porozumienia była wymiana informacji pomiędzy przedsiębiorcami, wynikająca z przyjętego wspólnego planu kształtowania relacji z (...) (przedsiębiorcą, który zwyciężył w konkursie na rezerwację częstotliwości przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych w technologii (...)). W ocenie Prezesa Urzędu realizacja tych zamierzeń ograniczyła zakres decyzji rynkowych podejmowanych przez każdego z operatorów samodzielnie, określając działania, które strony porozumienia mają wspólnie podejmować lub od których winny się wspólnie powstrzymać.

Niewątpliwie uznać należy za wykazany fakt, że powodowie kontaktowali się ze sobą w ramach wspólnego projektu (...), podejmowali w tym zakresie różne decyzje. Istniała więc pomiędzy nimi relacja, która mogła być zakwalifikowana jako „porozumienie”, stąd zasadnie Sąd dokonał oceny tego zachowania w kontekście przesłanek z art. 6 ustawy oikik i art. 101 TFUE.

W tej sytuacji Sąd I instancji prawidłowo ocenił, że Prezes UOKiK nie wykazał za pomocą przedstawionych dowodów, jak również dedukcji przeprowadzonej z poszczególnych udowodnionych faktów, że pomiędzy powodowymi operatorami telekomunikacyjnymi doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia polegającego na:

- dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z (...),
- wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej (...) dotyczącej audiowizualnych usług medialnych w tym rozprowadzania programów radiofonicznych i telewizyjnych w technologii (...),
- dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty.

Ponadto Sąd I instancji prawidłowo przyjął, że pomiędzy operatorami nie doszło do zawarcia zakazanego porozumienia ze względu na brak antykonkurencyjnego skutku. W ocenie Sądu Apelacyjnego tym bardziej nie może być mowy o antykonkurencyjnym celu tego porozumienia, który Prezes UOKiK wskazał w uzasadnieniu decyzji. Prezes UOKiK podniósł, że celem a zarazem możliwym skutkiem zidentyfikowanych w decyzji działań operatorów było:

- ograniczenie konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej po stronie podaży tego rynku poprzez ograniczenie presji konkurencyjnej odnośnie do wprowadzenia usługi telewizyjnej (...) do ofert operatorów, w zakresie której operatorzy mogliby konkurować, w konsekwencji którego pozbawiono użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej możliwości korzystania z usług telefonii mobilnej w technologii (...) lub ograniczono im możliwości wyboru technologii z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej,
- ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku telewizji (...) po stronie popytu tego rynku, polegające na ograniczeniu presji negocjacyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności co do kryteriów i sposobu oceny oferty między operatorami reprezentującymi stronę popytową w stosunku do (...) jako strony podaży tego rynku, w konsekwencji którego ograniczono możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii (...) poprzez ograniczenie możliwości kontraktowych strony podaży.

Wskazać należy, że Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-32/11 ((...)) stwierdził, że aby ocenić, czy dane porozumienie stanowi ograniczenie konkurencji ze względu na cel, należy skupić się na treści jego postanowień, na obiektywnych celach, do których osiągnięcia ono zmierza, a także na kontekście gospodarczym i prawnym w jaki porozumienie się wpisuje (pkt 36).

Podobny pogląd jest reprezentowany w piśmiennictwie - w każdym przypadku konieczna jest analiza porozumienia w prawnym i ekonomicznym kontekście.

Dokonując oceny, czy relacja operatorów ma charakter niedozwolonego porozumienia, Sąd I instancji zbadał wszystkie wskazane okoliczności, w tym również kontekst gospodarczy i prawny. Zauważył, że podejmując współpracę w ramach projektu (...) operatorzy dążyli do zapewnienia każdemu z nich równego dostępu do telewizji mobilnej w technologii (...) na szczeblu hurtowym. Nie było możliwe, aby każdy z nich uzyskał dostęp indywidualny z uwagi na ograniczenia dostępności częstotliwości przeznaczonej do świadczenia usługi (...). Celem współpracy było również zmniejszenie ryzyka biznesowego oraz zmniejszenie indywidualnych kosztów inwestycyjnych. Powodzenie technologii (...) nie było oczywiste w dłuższej perspektywie, zaś wiązało się z znacznymi kosztami inwestycyjnymi, gdyż m.in. wymagało budowy na obszarze prawie całego kraju sieci dedykowanej tylko tej technologii, która nie mogła być wykorzystana do innych celów. Trafnie więc Sąd I instancji ocenił, że współpraca operatorów w ramach (...) zapewniała powodóm równy start na poziomie hurtowym oraz pozwalała dzielić ryzyko i koszty.

Sąd zauważył, że każdy z operatorów miał równe udziały w spółce (...), co eliminowało ich presję konkurencyjną na poziomie hurtowym, natomiast presji tej na poziomie detalicznym nie było. Usługa telewizji mobilnej miała charakter niszowy, usługi dodanej do zasadniczej sfery działalności operatorów, gdzie główne usługi to połączenia głosowe, SMSy czy internet. Usługa ta nie mogła więc w sposób zasadniczy oddziaływać na wybory konsumentów, ponieważ przedmiotem rywalizacji operatorów są usługi podstawowe.

Sąd wziął pod uwagę prestiżowy, nie zaś biznesowy charakter usługi. Z projektów biznesowych powodów wynikało bowiem osiągnięcie korzyści z inwestycji po bardzo długim okresie (ok. 10-15 lat) oraz to, że po upływie tego okresu miał generować ok. jednego promila przychodów. Uwzględnił także okoliczność, że telewizja mobilna w systemie (...)

w ocenie operatorów nie była najlepszym technologicznie rozwiązaniem. Operatorzy brali pod uwagę skorzystanie z innej technologii t.j. (...).

Prawidłowa jest więc ocena Sądu Okręgowego, że celem działań operatorów nie było niedopuszczenie do przewagi konkurencyjnej któregośkolwiek z nich. Stąd zasadny jest wniosek, że ustalone działania stron, ich kontakty i ustalenia mieściły się w granicach dozwolonej współpracy.

Sąd I instancji wziął pod uwagę sytuację faktyczną i (...) spółki (...) po wygranym konkursie dotyczącym rezerwacji częstotliwości t.j., okoliczność że spółka ta musiała zapewnić równy dostęp każdemu z operatorów. Oferta hurtowa miała być publiczna i niedyskryminacyjna, chroniła ona operatorów przed ewentualną utratą abonentów na korzyść tego z nich, który skorzystałby z oferty hurtowej, gdyż pozostali mieli z uwagi na ten warunek konkursu zagwarantowane, że na równych zasadach będą mogli skorzystać z takiej samej oferty hurtowej.

Sąd trafnie uznał, że decyzję o braku współpracy ze spółką (...) podjął każdy z operatorów indywidualnie kierując się względami ekonomicznymi i indywidualnie oceniając ofertę. Wystąpienie na rynku skutku w postaci niewdrożenia telewizji mobilnej w technologii (...) nie było spowodowane porozumieniem operatorów, ale wynikało z niezależnych od operatorów przyczyn. Były to:

- brak ekonomicznej atrakcyjności usługi telewizji (...) i prawdopodobieństwo fiaska tej technologii,
- rozwój nowych, alternatywnych standardów świadczenia usług audiowizualnych (np. (...), (...)),
- bardzo ograniczona oferty urządzeń mobilnych do odbioru telewizji mobilnej w standardzie (...) (jedna firma produkowała aparaty telefoniczne),
- niekorzystna dla operatorów oferta hurtowa (...),
- kryzys gospodarczego w Europie i na świecie,
- fakt, że inni operatorzy (poza powodami) nie podjęli decyzji o wdrażaniu usług rozsyłkowej telewizji mobilnej w formie (...).

Podsumowując stwierdzić należy, że brak podstaw by przyjąć, że pomiędzy powodami doszło zawarcia niedozwolonego porozumienia, gdyż brak jest dowodów na okoliczność, że zachowania operatorów były realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z (...), zaś relacje z (...) poszczególnych operatorów były uzasadnione i adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz realizacją wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego t.j. spółki (...).

Z tych względów Sąd I instancji zasadnie uchylił zaskarżoną decyzję w całości. Apelacja pozwanego jako bezzasadna podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania apelacyjnego wydano na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Wynagrodzenie pełnomocników powodów ustalono na mocy § 18 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (t.j. Dz.U. Nr 163 poz. 1348 ze zm.) oraz na mocy § 14 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013r. poz. 490 ze zm.).